

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 13620101150147

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

论审判过程中法官的角色定位

Study on the Role of Judge during a Trial

曾 凤

指导教师姓名: 陈 动 教 授

专 业 名 称: 法 学 理 论

论文提交日期: 2013 年 月

论文答辩时间: 2013 年 月

学位授予日期: 2013 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2013 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

本文以一个同类案件的不同判决为出发点，探讨审判过程中的法官角色定位问题。文中将法官所遇案件分为简单和疑难两类，根据法官所面对的案件事实与法律适用的不同所导致的角色期待的差异，来分别论述法官之角色定位。

本文一共分为三章。第一章分为三个部分，首先探讨的是法官角色多元性以及角色冲突。本文认为在多元性的角色冲突当中，法官应该回归到基本角色规范中来；然而面对不一样的案件时，法官的基本角色规范没有变化，角色期待却发生了某种转化。其次，从理论和现实两个层面分别论述了讨论法官角色定位的意义；最后，则是对简单案件和疑难案件作出说明。第二章，主要讨论的是简单案件中法官的角色定位以及探讨这一问题的意义所在。在这类案件中案件事实没有太多争议，法律适用上也没有遇到大困难，此时法官的角色期待更多的是中立、客观的适用法律；第三章，由于疑难案件中由于案件事实的特殊性，导致在法律适用上出现疑难，因此法官的角色期待是具有一定的立法性。同时需要强调的是法官的立法性角色同样受到许多限制。任何自由与权力都意味着一种责任，疑难案件中法官应当更为积极主动的适用法律，但是应当审慎而且节制。结语当中，由疑难案件当中的法律适用问题出发，提出法官所作出的判决受到自己的主观性因素的影响，这既是不可避免的，同时也是司法多样性的必需。因此一位良好的法官若想在审判中扮演好自己的角色，在法律适用的过程尤其需要提高自身的内在性思维能力。司法过程最重要的并不在于召唤真理的全面性，而是法律真理的客观性、司法技艺以及法律思想多样性，以此建立司法的尊严与权威。法官所担负之角色的重要性与法官角色扮演中所面临的困难，都要求法官提高自己的内在性思维能力以及司法技艺。

关键词：法官角色；疑难案件；立法性

ABSTRACT

Through different Judgments of similar cases as the starting point, this paper discusses the role definition of Judges during a trial. In this paper, I divides the cases Judge met into two categories, easy and hard. According to the case facts Judge faces and the differences of applicability of law resulting in differences of role expectation, the author respectively discusses the role delineation of Judge.

The paper consists of three chapters. Chapter 1 consists of three parts, firstly discussing the pluralism and conflict of the Judge role. Paper argues that in the conflict of pluralism role, the Judge should return to the specification of basic role; But once the case is different, specification of basic role dose not change, while the role expectation gets some kind of changing. Secondly, through the theoretical aspect and practical aspect, the paper respectively discusses the definition of Judge role. Finally, paper makes a explanation of the easy cases and hard cases. Chapter 2, mainly discusses the role definition of Judge and the meaning of discussing this subJect in an easy case. In such cases there are not much dispute on the facts, and not big difficulties with applicability of law. This moment the Judge role expectation is more than being played in law neutrally and obJectively. In chapter 3, the particularity of the case facts in hard cases, causes difficulty of application of the law, so the Judge's role expectation is kind of legislative. Meanwhile paper emphasizes that Judge's legislative role should be limited a lot. Any kind of freedom or power means a kind of responsibility. The Judge should be more active to let law applicable, but also be prudent and moderate in a hard case. Through the application of law in hard cases, conclusion presents the Judge's Judgment is effected by his own subJective factors which is not only inevitable but also the necessary of Judicial diversity. So in order to play his role well in the

trial, a good Judge need to improve his internality thinking ability particularly in the process of using law ,For purpose of establishing dignity and authority of Judicial, Judicial process is not focusing on summoning comprehensive of the truth, but also objectivity of law-truth , skills in the administration of Justice and variety of legal thought. That importance of the role Judge plays and difficulty Judge faces in a role-play requires Judge to improve his internality thinking ability and skills in the administration of Justice.

Key words: Judge role; Hard case; Legislative

目录

引 言	1
第一章 法官角色定位基本问题概述	4
第一节 概念界定	4
一、法官角色	4
二、简单案件与疑难案件	6
第二节 研究法官角色定位的意义	10
一、理论上的必要性	10
二、现实上的需求性	11
第二章 简单案件审判中法官的角色定位.....	13
第一节 问题域之限定	13
一、“审判”的限定	13
二、“法官”的限定	13
第二节 简单案件中法官的角色定位.....	14
一、法律角色对法官的要求：以事实为根据，以法律为准绳	14
二、简单案件中法官的角色定位：中立性与客观性	16
第三节 简单案件中法官角色定位的意义	18
一、有助于对司法形成正确期待	18
二、有助于法官在简单案件中正确行使权力	18
三、有助于解决简单案件	19
第三章 疑难案件审判中法官的角色定位.....	21
第一节 法律适用上的疑难案件	21
一、规则适用上的疑难案件	21
二、处理结果有争议的疑难案件	21
第二节 疑难案件中法官的角色定位.....	22

一、有关疑难案件中法官角色的争论	22
二、疑难案件中法官的角色定位：立法性	23
三、法官立法性角色的正当性根源	27
第三节 法官应持积极且审慎的态度	32
一、疑难案件中理应持更审慎的态度	32
二、立法性角色的限制	33
第四节 疑难案件中法官角色定位的意义	37
一、有助于法官在疑难案件中正确行使权力	37
二、有助于解决疑难案件	37
结 语	39
参考文献	42
致 谢	48

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 An Overview of the Basic Problems in the Judges' Role.....	4
Subchapter 1 Concepts Definition.....	4
Section 1 the Role of Judgement	4
Section 2 Easy Case and Hard Case	6
Subchapter 2 The Sense of Study on the Judges' Role.....	10
Section 1 The Necessity on the Theory.	10
Section 2 The Demand on the Reality	11
Chapter 2 The Role Definition of Judges in Easy Cases	13
Subchapter 1 The Delimitation of Problem Area	13
Section 1 The Delimitation of Trial	13
Section 2 The Delimitation of Judgement	13
Subchapter 2 The Role Definition of Judges in Easy Cases.....	14
Section 1 Requirements for the Judge Based on Law: Take Facts as the Basis, Take the Law as the Criterion	14
Section 2 The Judge Role Expectation in Easy Cases: Neutrally and Objectively	16
Subchapter 3 The Meaning of Discussing This Subject in Easy Cases	18
Section 1 Contribute to Forming Correct Expectations about the Judicial.	18
Section 2 Contribute to the Judge's Exercising Power Correctly in Easy Cases	18
Section 3 Contribute to Solving a Easy Case	19
Chapter 3 The Role Definition of Judges in Hard Cases	21

Subchapter 1	Hard Case on The Applicable of Law	21
Section 1	Hard Cases on the Application of Rules	21
Section 2	Hard Cases on the Controversial Results	21
Subchapter 2	The Role Definition of Judges in Hard Cases.....	22
Section 1	The Dispute about the Judge Role in Hard Cases.....	22
Section 2	The Judge Role Expectation in Hard Cases: Legislative	23
Section 3	The Legitimacy of Legislative Role	27
Subchapter 3	The Judge Should Take Active and Prudent Attitude.....	32
Section 1	The Judge Should be more Cautious in Hard Cases	32
Section 2	The Limitations of Legislative Role	33
Subchapter 4	The Meaning of Discussing This Subject in Hard Cases	37
Section 1	Contribute to the Judge's Exercising Power Correctly in Hard Cases	37
Section 2	Contribute to Solving a Hard Case	37
Conclusion.....		39
Bibliography		42
Acknowledgements.....		48

引言

1996年8月27日和9月3日，王海从天津伊势丹有限公司购买5部索尼无绳电话机，后得知该电话机属国家禁止销售、使用的不合格商品，其向商家双倍索赔，但未果。遂向天津市和平区人民法院起诉。一审法官经审理认为，本案中王海是消费者，商家的行为构成欺诈，于是依2009年《中华人民共和国消费者权益保护法》（以下简称《消费者权益保护法》）第49条的规定，判令天津伊势丹有限公司败诉，并双倍返还购机款。天津伊势丹有限公司不服一审判决，以王海以营利为目的故不适用《消费者权益保护法》为由上诉至天津市第一中级人民法院。天津一中院二审维持原判。同年9月15日，王海再次从天津永安公司购买2部日本索尼公司生产的无绳电话机，次年1月，王海诉至天津市河北区人民法院，以同样的诉讼理由要求永安公司双倍赔偿。这一次一审法官经审理认为，王海在明知所购电话机为禁销产品，仍多次购买，可见其不是为生活消费需要购买，而是为了牟利，其行为不属于《消费者权益保护法》保护范畴，故不适用该法第49条的规定。一审法院遂驳回王海要求双倍赔偿的诉讼请求。王海不服一审判决，向天津市第一中级人民法院提出上诉，天津一中院二审维持原判。^①

针对这两起同类诉讼，在不到一年时间里，根据相同法律，法院分别做出了支持和驳回诉讼请求两个截然相反的判决。而且，天津市中级人民法院也分别就对这两起案件的上诉采取了同基层法院相同的立场。乍一看，这案子原是个简单案子，却由于对王海是否属于消费者权益保护法所界定的消费者有争议，随之变成一个疑难案件。可见日常生活中简单的案件，在实际审理过程也会变得复杂起来，疑难案件离我们的生活并不遥远。再则我们看到这两个案子争议的焦点在于王海是不是《消费者权益保护法》所规定的消费者以及他是否受到了欺诈。该法第1条

^①王国良. 消费者权益保护案例精选精评[C]. 江西:江西高校出版社, 2000. 148-149.

规定：“为保护消费者的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。”第2条规定：“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。”从这两条规定可以看出，《消费者权益保护法》只是提出了消费者这一概念，但并没有界定其内涵和外延。显然天津市和平区法院的法官认为王海是消费者并适用《消费者权益保护法》第49条的规定，而天津市河北区法院的法官则持相反的观点。当时的河北区法院负责人在回答记者提问时指出，中国不是判例法国家，所以，法官拥有根据法律处理案件的独立权力。上述这个例子我们看到，在关联性法条对于涉案的规定并不明晰的情况下，同一个案件由不同法官审理，判决结果也会大相径庭。由此的确反映出中国法官独立审判时的绝对权力之大。根据现行宪法和2006年《中华人民共和国人民法院组织法》（以下简称《人民法院组织法》）的规定，人民法院是国家审判机关，而法官是依法行使审判权的审判人员。法官在司法领域尤其是适用法律之时，拥有广泛的权力，那么面对权力之时，法官应当如何自处？于是就引出了本文所讨论的问题，亦即审判过程中，法官应该如何定位自己的角色。

法律赋予法官的独立审判权并不是完全不受限制的，面对具体的案件，法官既要尊重成文法规范、先例以及习惯，同时也承受着制度、法律逻辑、良心、正义等诸多约束。但在这些限制之外，法官事实上拥有着如何判决案件的绝对权力，包括在规范不明确导致案件的判决两可之时，法官可以根据自己的见解来解释法律（例如，引言中的案例，对于王海是否属于消费者的界定不同，导致两种截然相反的判决）；以及在规范缺失地带或者判决结果将引起较大争议的道德问题上，法官必须重新解读法律时，往往赋予法官根据法律原则、法律目的来判案的权力（比如，在张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案中，四川省泸州市纳溪区法院根据2009年《中华人民共和国民法通则》第7条有关民事活动不得违反社会公德的规定，驳回张雪英诉讼请求^①）。尤其在案件事实的特异性导致规

^①http://blog.sina.com.cn/s/blog_5561312d0100b9co.html，最后访问时间2013年4月14日。

范无法与之对应的地方（我们知道，由于社会生活的复杂多变，这样的地方总是很多），法官在法律和程序层面，握有巨大的权力。那么探讨一下审判过程法官的角色问题，对于法官面对权力时应当如何自我定位并不是全然没有助益的。

本文试图将法官所遇到的案件类型，大致的分为：简单案件和疑难案件，分别对审判过程中法官的角色定位进行分析。这一分类的原因在于法官所遇到的案件大致都可以分为简单与疑难两类，我认为不同的情境当中，案件事实本身的差异性使得法官在适用法律的过程中遭遇不同的困难，由此其承担的角色期待也不一样。同时，本文虽然将案件类型分为简单与疑难两类分别探讨其中的法官角色定位，但是简单案件中的法官角色与疑难案件中的法官角色二者并不是并列关系，而是一种递进关系，前者的定位同样适用于后者。

第一章 法官角色定位基本问题概述

第一节 概念界定

一、法官角色

（一）法官的角色

角色一词来源于戏剧，原指规定演员行为的脚本，社会心理学家看到这个概念有助于理解人的社会行为和个性，便引入社会心理学中。社会学中的“角色”包含两种成分：社会的客观期待与个人的主观表演。个体按照社会对他的期待去履行义务，采取行动时，就是在扮演一定的角色。^①他们认为，人在社会关系中的地位规定了人的社会行为，类似于脚本规定了演员的行为；人的社会角色是人在一定社会背景中所处的地位或所起的作用。因此，法官角色，指的是司法实践中法官所处的地位或者所起的作用。本文讨论的范畴限定在审判过程中。

（二）法官角色的多元性

在社会结构中，附属于某一地位的一组角色被称为“角色丛”，其中的每一种角色都会产生相应的角色意识和角色期待，而每一种角色期待所接受的角色规范也是不一致的。法官社会属性和社会关系所具有的复杂性决定了其同样扮演着多重角色，这也意味着，法官同时受多重不同的角色期待和角色规范的调整。可以说，案件的审判过程中法官所扮演的角色并不是单一的，简单来说了可以分为如下两类：

第一类，由法官所处的社会角色面向来看，法官角色可以分为法律角色、政治角色及社会文化人角色三种。法律角色指法官是行使审判权的司法人员，其权力来源于法律，其行为的起点是法律，因此法官最主要的角色就是适用法律，独立审判，唯法是从，守护法律的公平性及正

^①吴英姿. 法官角色与司法行为[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 2008. 18.

义性；政治角色，指法官同时也是个政治人，其审判工作必然受到政治意识的影响，尤其在解释法律的场合，法官的政治判断不可避免；社会文化人角色，指的是法官同时也是一个自然人，除了受制于法律与政治的影响之外，法官不可避免的受到其所处的社会关系以及社会文化的影响。^①

第二类，从法官角色的实际面向来看，法官角色可以分为应然角色及实然角色。前者指的人们总是期待法官是公平、中立的正义守护者，具有高度的正义感以及高尚的职业道德，在裁判中有冷静的头脑和平静的心灵，独立审判不受外界干扰，尤其在个案的审理过程中，总能挖掘到真相，实现正义；但实际上，应然角色只是一个很美好的愿望，并非总是能够与实际相符，法官角色最重要的地方首先在于以正当程序解决纠纷，其次才是追求审判结果的实体公正，实际上试图通过事后的审判来恢复实际事实之全貌，理论上可行，实际操作中却总难免有偏差，因而法官的实然角色是恪守程序上的规定，对提交法院的案件事实依程序之规定予以审判以解决纠纷，力求最大限度的实现正义之诉求。理想与现实总是有差距，或许我们不应当放弃理想，但是更要立足现实，审判结果的实质公正无疑是我们追求的目标，但并不总是可达的。司法若是要实现独立，法官之角色得到尊重，或许便是我们要正视应然与实然之间的落差，将注意力放在程序公正之上。

每一重角色的角色期待及角色规范并不一致，导致作为多重角色复合体的法官在角色扮演中必然承受角色冲突。例如，政治角色要求法官在国家权力分配的范围内行事，并对其上位权力主体负责；而法官在作出审判时不仅要接受本法院审判员委员会、院长、庭长的决定或指示，还要接受上级法院的监督；再如，自然人和社会人的属性决定了法官跟普通人一样也有各种人际关系，同时受制于特定的社会习俗、伦理规范和价值观念等，这些无一不与法官的法律角色产生冲突。还有，过分追求实然角色的话就容易让法官忽略了程序的价值，而只追求应然角色的话，又容易使判决脱离现实基础。上述的每一重冲突都制约了审判权的

^①纪伟. 正名·定分·成事——法官角色定位之于审判权独立行使[A]. 全国法院系统第二十二届学术讨论会论文集[C]. 国家法官学院科研部. 2011. 3-5.

正常行使，为防止角色冲突带来的角色定位不清，确保独立审判权的实现，我们首先需要在法官承载的多重角色当中理清位阶关系。“法官是依法行使国家审判权的审判人员”——2001年《中华人民共和国法官法》（以下简称《法官法》）第2条的规定清晰界定了法官的职责范围，可见法律角色才是法官的本原角色。角色冲突的问题贯穿在审判过程当中，因此我们有必要在开始探讨法官在简单案件与疑难案件中的角色定位之前，首先明确法律角色方才是法官的本原角色。法官的其他角色面向并不是不重要，只是基于法官的职业特性，法律角色应该被界定为首要的角色而得以突出强调，面对角色冲突之时，最简单快捷的方式，或许就在于回归到法律角色本身。“除了倾力坚持法律并依自己的判断伸张正义，法官的脚下没有安全的道路可走。”^①当然在此前提下，法官也必须对我国的现实和文化传统有深刻的理解，以独立公正的审判响应政治要求，回应社会期待。^②

二、简单案件与疑难案件

事实上，在司法实践过程中，根据法律规范与案件事实是否适应以及适应的程度来考察，我们可以将法官遇到的案件简约的分为两种类型，一种是简单案件，另一种是疑难案件。简单案件中，法官援用既有的法律规则审理案件，此时，法官的角色是常规性的，通常没有太大的争议；但是疑难案件中，现有的规则体系中往往没有明确的条文可供法官方便使用，也正是在这样的案件当中，法官事实上拥有着巨大的权力。正因此，疑难案件当中法官的角色问题理应得到人们更多的关切。因此本文在探讨审判过程中法官的角色定位问题之时，也将之分成简单案件中法官角色定位以及疑难案件中法官角色定位两个部分，同时对疑难案件中法官的角色定位问题做重点讨论，我相信这种讨论对现实无疑是具有实践意义的。

我需要加以说明的是简单案件中法官的角色定位与疑难案件中法官

^①[美]彼得·德恩里科.法的门前[M]. 邓子滨译, 北京:北京大学出版社, 2012. 37.

^②纪伟. 正名·定分·成事——法官角色定位之于审判权独立行使[A]. 全国法院系统第二十二届学术讨论会论文集[C]. 国家法官学院科研部. 2011. 3-5.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库